

notícia do direito brasileiro

1972



LEI COMPLEMENTAR — FONTE DO DIREITO PENAL

Professor Luiz Vicente Cernicchiaro

O Direito exprime movimentos políticos vitoriosos. A influência da revolução francesa foi considerável; o Direito Penal não ficou isento de seus efeitos. Ao contrário, assinalou o nascimento de nova fase na evolução das idéias e instituições penais — o período humanitário. Superou-se a vingança pública. O liberalismo fez-se responsável pela consagração de novos princípios e normas fundamentais do Direito repressivo. O apogeu de resguardo dos direitos individuais, com a reação ao absolutismo, projetou normativamente o princípio da reserva legal e o princípio do contraditório. O primeiro, entre nós, ainda é a viga mestra do Direito Penal; o segundo, com a autonomia do Direito Processual deslocou-se para esse setor do mundo jurídico. Até então, trilhavam a mesma senda, tanto assim que BECCARIA se preocupou com o direito de defesa, com o mesmo entusiasmo dedicado às reivindicações da prévia descrição da infração e respectiva pena.

O **nullum crimen, nulla poena sine lege** obteve consagração definitiva com aquela revolução. Dele decorrem várias consequências. Ressalte-se o movimento de codificações, a fim de que o Estado relacionasse as condutas proibidas. Politicamente, representou extrair do Príncipe — responsável pelas arbitrariedades abominadas — a definição das infrações penais, e garantir ao Poder Legislativo a participação na elaboração da norma jurídico-penal.

Lege, na fórmula latina, expressa por FEUERBACH, exprime conceito substancial, não se restringindo ao aspecto literal do termo. Envolve todas as normas, cujos preceitos impõem ao homem o dever de fazer ou abster-se de fazer, com a cominação da sanção penal. Retirou-se do Executivo isoladamente a competência para legislar em matéria criminal. Cometeu-se ao Legislativo — composto de representantes do povo — a atribuição de elaborar as normas penais.

Em nosso Direito Penal, em decorrência de suas peculiaridades, só é reconhecida uma fonte imediata, consoante a tradicional nomenclatura jurídica — a lei.

A expressão **fonte de direito** tem duplo sentido: pode, de uma parte, referir-se à autoridade que declara o direito, à vontade que dita as normas jurídicas, e, de outra, à forma que o direito objetivo assume na vida social. (1) As primeiras são denominadas fontes de produção, e as últimas, fontes de cognição.

1. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Tomo I, pág. 117.

Em sendo monopólio do Estado a faculdade de definir delitos e fixar suas penas, ele constitui a única fonte de produção de Direito Penal. Por outro lado, não há outra fonte de cognição senão a lei. O costume, a jurisprudência e a doutrina podem ter influência mais ou menos direta na sanção e modificação das leis, mas não são fontes de direito. (2)

Observa-se, pois, que, no Direito Penal, a fonte, no sentido jurídico do termo, revela significativa importância.

A clássica distinção entre fonte formal e fonte material é cuidada de modo diferente. A caracterização dos elementos (naturais, culturais... até de interesse pessoal) que motivam a elaboração da norma jurídica, pouca importância recebeu no Direito Penal, logo após a Revolução Francesa. Posteriormente, a pouco e pouco, passam a ser observados, ou seja, quando maior atenção foi dedicada à antijuridicidade material, (3) instituto sempre chamado à colação, em se enfocando, na estrutura do delito, a concepção normativa da culpabilidade, que, hoje, culmina na teoria finalista da ação. (4) A fonte formal, ao contrário, ganhou preeminência, como corolário do princípio da legalidade, e até hoje, no Brasil, em virtude de continuarmos vinculados ao denominado Direito Penal liberal, mantém a atenção inicial, a ponto da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, estatuir no artigo 153, § 16: “A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.”

A maneira de formalizar-se a norma reveste importância que não pode ser olvidada. O tipo há de ser enunciado com anuência do Poder Legislativo, e na forma autorizada pela Carta Política. A Constituição da República de 1967 vedava a legislação de Direito Penal através de Decreto-lei. (5) Atualmente, a Emenda Constitucional nº 1/69 dispõe de modo diferente, eliminando a restrição anterior. (6) Esse aspecto formal é tão importante que qualquer desrespeito ao procedimento implica em nulidade. Assim, por exemplo, legislar por decreto-lei, em hipótese não contemplada, ainda que posteriormente o legislativo o aprove. Não se trata de procedimento vazio de conteúdo; revela conquista política de proteção dos direitos do homem, cuja preservação não pode ser contornada.

O Processo Legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares à Constituição, leis ordinárias, leis delegadas, decretos-leis, decretos legislativos e resoluções. Com exceção das duas últimas espécies — o conteúdo dos decretos legislativos está relacionado no artigo 44 da Emenda nº 1, de 1969, e a resolução é ato do Congresso, ou de uma de suas Casas, em matéria de sua competência, pela qual se toma uma decisão prevista na Constituição, que não consubstancia regras jurídicas gerais e impessoais (7) — as demais categorias são idôneas para proclamar a norma penal. Eviden-

2. BALESTRA, Carlos Fontán, *Derecho Penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962, pág. 105/106.

3. CERNICCHIARO, Luiz Vicente, *O Conceito de Cônjuge no Código Penal Brasileiro*, edição particular, pág. 107.

4. WELZEL, Hans, *Derecho Penal*, e *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, Ed. Ariel, Barcelona.

5. CERNICCHIARO, Luiz Vicente, *Estrutura do Direito Penal*, Ed. Sugestões Literárias, São Paulo, vol. I, pág. 190.

6. Art. 55.

7. GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel, *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, São Paulo, pág. 126.

temente, por sua finalidade, de modo geral, enunciada em leis ordinárias e decretos-leis. Nada obsta, no entanto, que se manifeste na própria Constituição (art. 32; art. 153, § 11), em Ato Institucional — fonte de direito, em dado momento histórico.

A lei complementar à Constituição merece estudo especial.

As hipóteses de legislação através de lei complementar obedeceu ao critério de **numerus clausus**. Em virtude de constituir procedimento especial, o constituinte preferiu relacionar exaustivamente as hipóteses.

Doutrinariamente, há interessante debate para apreciar se ao legislador é lícito estabelecer normas através de lei complementar, em casos não estipulados na Carta Política. As teses centralizam-se nos seguintes argumentos: o processo legislativo cria modelos de elaboração das leis, vinculando o legislador. As hipóteses não representam **sugestões**, mas **determinação**, em virtude do que não ficam à conveniência do legislador escolher um ou outro rito. O tema, acrescentam, toca a segurança de forma de elaboração da norma. Em terreno oposto, situam-se os escritores afirmando a possibilidade negada, considerando a finalidade perseguida em cada caso de processo legislativo, isto é, a Constituição desejou resguardar o trato de algumas matérias de maneira especial, em virtude da relevância do respectivo assunto. Conseqüentemente, onde for exigida a lei complementar, não poderá ser substituída por lei ordinária ou decreto-lei. A recíproca, entretanto, não é verdadeira. Embora não exigida a lei complementar, nada impede que a matéria pertinente à lei ordinária ou decreto-lei venha a ser apreciada por ela.

O saudoso Senador ALOYSIO DE CARVALHO, no Parecer nº 907, de 1969, da Comissão de Constituição e Justiça, do Senado Federal, examinou a natureza jurídica da lei complementar, e concluiu dever ser invocada apenas nas hipóteses expressamente arroladas na Carta Política. Adianta não ser admissível em lei, o emprego de palavras, sobretudo na Constituição, que se prestem a variado entendimento. Assim, onde a Constituição diz **lei complementar**, não poderá ser entendido lei ordinária; onde fala, simplesmente em lei, quer a qualifique de federal ou lhe empreste outro atributo, a lei é ordinária, importando dizer, não complementar. No mesmo sentido, opina o eminente Professor JOSAPHAT MARINHO, em palestra proferida na Junta de Recursos Fiscais, em Brasília, discorrendo a respeito das conexões do Direito Constitucional com o Direito Tributário.

GERALDO ATALIBA, por seu turno, em trabalho recente — “Lei Complementar na Constituição” — afirma, diante de nosso sistema constitucional, poder-se sustentar que, substancialmente, há duas espécies de leis complementares: aquelas que ontologicamente o são e as assim qualificadas pelo texto expresso da Lei Magna (pág. 31). A seguir, acrescenta que nada obsta a que a lei complementar discipline matéria própria de outras normas, salvo a resolução e o decreto legislativo. Desde que se trate de matéria da competência do Congresso, nada impede que a lei complementar a reja. Mesmo porque, quem pode o mais pode o menos. Os reparos que se podem formular são meramente formais, não atingindo o mérito da questão. Comprometer-se-ia, com isto, a boa técnica legislativa, mas não a eficácia da norma.

O tema, em Direito Penal, assume uma particularidade. Nenhuma norma jurídica poderá ser interpretada sem preocupação teleológica. No caso da lei pe-

nal, torna-se indeclinável sublinhar que a participação do legislativo na elaboração da lei repressiva visa a resguardar os direitos individuais. O capítulo dos Direitos e Garantias Individuais constitui rol de restrições ao Estado, com a finalidade de preservar a liberdade do homem. Outro não é o significado do princípio da legalidade. O nosso Direito mantém o *nullum crimen sine lege* como expressão axiológica, ainda reclamada no atual quadro histórico. As restrições à conduta do homem devem ser impostas pelo povo, cuja vontade ecoa no Parlamento. Assim, realça, como condição de validade da lei penal, a elaboração pelo Poder Legislativo. Este manifestar-se-á através de lei ordinária, ou aprovação do decreto-lei, na generalidade dos casos.

A lei ordinária exige, para sua aprovação, nas casas do Congresso, manifestação da maioria simples de seus membros. No que tange ao decreto-lei, esse número também é bastante.

A lei complementar, ao contrário, exige **quorum** qualificado, isto é, dois terços dos membros do Congresso Nacional (art. 50, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969). Essa orientação se explica porque a matéria, expressamente remetida por essa espécie do processo legislativo, exprime maior importância, em virtude do que não deveria ficar sujeita à maioria ocasional do legislativo. Impôs-se tomada de posição mais consciente e que exprima a vontade de ponderável número de representantes do povo.

Na relação dos casos a serem disciplinados por lei complementar, não foi incluída a matéria penal, a não ser, evidentemente, nas hipóteses indicadas. Perguntar-se-á: e nos casos não mencionados, será válida a criação de norma, estabelecendo infração penal e cominando penas?

Em se recordando as razões políticas e a finalidade jurídica da tipicidade, não há procedência para resposta negativa. O fim não será desprezado. Ao converso, reforça-se a proteção reclamada. Somente seria de repelir-se a elaboração se, com isso, houvesse enfraquecimento dos direitos individuais. Tal não acontece. Ao contrário, amplia-se a proteção. Nenhuma censura poderá ser dividida quando a meta é reforçada. Não se enfraquece o que se protege.

Em qualquer caso, a lei complementar pode tratar de matéria penal, por ser hierarquicamente superior à lei ordinária. Nenhuma norma a proíbe, em virtude do que o tema se soluciona na teoria geral das normas jurídicas.

GERALDO ATALIBA, ob. cit., pág. 35/37, estuda a derrogação da lei complementar por lei ordinária, indagando se esta pode dispor em contrário à primeira, em matéria não privativa desta. Responde afirmativamente, raciocinando que aquela, fora de seu campo específico — expressamente estabelecido pelo constituinte — nada mais é do que lei ordinária. A natureza das normas jurídicas — em sistemas positivos como o nosso, objeto de quase exaustivo tratamento constitucional — é dada conjuntamente pela forma (no caso, de elaboração) e pelo conteúdo. Este sem aquela não configura a entidade, da mesma maneira que aquela sem este. Só há lei complementar válida e eficaz, quando concorrem os dois elementos citados para configurá-la.

Faltando qualquer deles, não se tem a espécie. Na ausência da forma, não há lei complementar, nem nada. É nulo o ato. É nenhum.

Na falta de conteúdo o ato é existente, é válido, é norma mas não tem a eficácia própria da espécie: é mera lei ordinária.

Sem o concurso de matéria e forma não se configura a entidade. Não chega a reunir os elementos que lhe dão vida como tal.

Este raciocínio se comprovará se invertidos os seus termos.

Efetivamente, se possível fora impedir à lei ordinária a disciplina de certa matéria, porque esta foi objeto de lei complementar, estar-se-ia modificando a Constituição, na parte em que, ao cuidar do processo legislativo, trata do **quorum** para deliberação.

Seria o mesmo que exigir **quorum** qualificado para aprovação de matéria própria de lei ordinária.

Importaria restringir os poderes normais do Congresso contrariando a Constituição.

Ora, o exame do texto constitucional imediatamente evidencia a existência, entre outras, de dois tipos de matéria, no que tange ao processo legislativo: aquelas que só podem ser objeto de disciplina por lei complementar (vedadas à lei ordinária, portanto) e as demais, determináveis por exclusão, e que podem ser regidas por lei ordinária.

O **quorum** para elaboração da lei exerce papel de relevo, como foi ressaltado pelo ilustre professor paulista. Não deve ser visto como simples formalidade. Diz respeito à garantia política que se pretende ressaltar com o ordenamento jurídico.

A lei complementar, ainda que discipline matéria não imposta pela Constituição, não deve ser recebida como lei ordinária. Ambas não se confundem, nem uma é redutível à outra. O **quorum** qualificado exprime manifestação de vontade do Congresso. Não parece lógico que maioria simples desfaça ou modifique o que fora estabelecido por votação de dois terços. O conteúdo não poderá ser revogado ou sofrer derrogação sem que o seja pela mesma forma. Estranhar-se-ia que deixasse de prevalecer a vontade qualificada do Legislativo por votação simples. Notadamente no terreno repressivo, em razão do fim jurídico sublinhado. Se o Congresso, muitas vezes, por razões políticas, delibera tomada de posição, através de **quorum** especial, contrariaria a lógica e o fim de proteção dos direitos individuais, se, mais tarde, maioria simples desfizesse o que, talvez, representasse um marco de progresso e conquista resultante de lutas incansáveis.

O Legislativo reserva matéria de maior significado à lei complementar; com isso, confere-lhe garantia de estabilidade.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO também reconhece esse pormenor. Aduz que a lei complementar já fora prevista no Brasil pela Emenda nº 4 à Constituição de 1946, a emenda parlamentarista. Como assinalava mestre MIGUEL REALE a propósito das leis complementares ao tempo do parlamentarismo, constituem elas “um **tertium genus** das leis, que não ostentam a rigidez dos preceitos constitucionais, nem tampouco devem comportar a **revogação**

(perda da **vigência**) por força de qualquer lei ordinária superveniente: é a categoria das leis de complementação do texto constitucional ou de estruturação do Estado, as chamadas **leis orgânicas**, para cuja aprovação ou reforma se crê preferível exigir-se um **quorum** especial” (8).

8. GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel, ob. cit., pág. 126.